DELIBERA N. 221 del 28 maggio 2025

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 presentata da Edil PIC.AD. S.r.l. – Partenariato Pubblico Privato (PPP) ai sensi dell'art. 193 del d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 per l'affidamento in concessione della progettazione, costruzione e gestione economico funzionale di un impianto di cremazione nel Comune di Terni – Importo a base di gara: euro 2.870.366,70 – S.A. Comune di Terni - CIG: non indicato - istanza presentata singolarmente

PREC 0147/2025/L

Riferimenti normativi

Art. 92, co. 2 d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Modifiche significative - proroga termini

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 maggio 2025

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 59220 del 15 aprile 2025, e la relativa memoria, presentata da Edil PIC.AD. S.r.l., con cui l'operatore economico rappresenta di aver riscontrato alcuni errori ed elementi contraddittori all'interno della tabella presente a pag. 9 del disciplinare di gara, recante l'elenco delle lavorazioni con le rispettive categorie e classifiche e i rispettivi importi. L'istante segnalava le discrepanze alla stazione appaltante, e chiedeva chiarimenti, in particolare, con riguardo all'importo delle lavorazioni della categoria OS14, che sul disciplinare risultava pari a € 175.000,00 con richiesta della classifica III, mentre l'importo della medesima categoria nel capitolato di gara ammontava a € 612.000,00. L'istante riferisce che, dopo aver fornito alcuni chiarimenti non risolutivi, la

stazione appaltante pubblicava in data 15 aprile 2025, vale a dire solamente 11 giorni prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, la tabella del disciplinare rettificata, senza peraltro prorogare i termini. L'istante ritiene che la mancata proroga dei termini a seguito delle modifiche apportate al disciplinare comprometta la possibilità di predisporre offerte adeguate. Pertanto, l'o.e. chiede parere all'Autorità sulla necessità, alla luce dell'art. 92, co. 2 lett. b) del d.lgs. 36/2023, di procedere alla proroga dei termini, essendo intervenute delle variazioni sostanziali ai documenti di gara, o in alternativa sulla possibilità di procedere all'annullamento in autotutela della gara;

VISTO l'avvio del procedimento effettuato con nota prot. n. 68331 in data 7 maggio 2025;

VISTA la memoria della stazione appaltante Comune di Terni, acquisita al prot. n. 69174 dell'8 maggio 2025, con cui l'Amministrazione difende il proprio operato e rappresenta di aver adottato la determinazione dirigenziale del 18 aprile 2025, e quindi antecedente alla scadenza per la presentazione delle offerte fissata al 26 aprile 2025, con cui approvava la rettifica della tabella a pag. 9 del disciplinare di gara, relativa alla ripartizione delle lavorazioni e delle relative categorie SOA, dopo aver verificato, a seguito delle segnalazioni di diversi operatori economici, la presenza di un errore materiale all'interno della stessa. Tale errore materiale, a parere della S.A., non incideva né sulla natura e sull'oggetto della concessione né sui criteri di aggiudicazione né sul quadro economico della gara. Con riguardo allo stato della procedura, la S.A. riferisce che è in corso l'esame dell'unica offerta pervenuta, per la quale è stato attivato il soccorso istruttorio sulla documentazione amministrativa. Il Comune ritiene quindi di aver agito nel rispetto dei principi e delle norme del Codice, ed eccepisce comunque il difetto di legittimazione dell'operatore economico istante a presentare istanza di precontenzioso, non avendo egli presentato domanda di partecipazione e non potendo quindi lamentare di aver subito alcun pregiudizio;

RILEVATO preliminarmente che l'istanza di precontenzioso è da ritenere ammissibile in quanto, nel caso di specie, la presenza di errori e dati contraddittori all'interno del disciplinare, riguardanti elementi necessari alla predisposizione dell'offerta, è da considerare quale clausola escludente che rende la partecipazione incongruamente difficoltosa, in presenza della quale la giurisprudenza ammette l'impugnazione del bando anche da parte di chi non abbia partecipato alla gara (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 4/2018). Pertanto, si ritiene che l'istante sia legittimato a richiedere il parere di precontenzioso, lamentando egli proprio la difficoltà di partecipazione

dovuta alla contraddittorietà degli elementi inseriti nei documenti di gara e necessari alla predisposizione di un'offerta completa;

VISTA la tabella a pag. 9 del disciplinare di gara, pubblicato il 7 marzo 2025, recante la tipologia degli interventi oggetto di gara e le rispettive categorie e classifiche, nella quale figurano interventi nelle categorie OG1 cl. IV, OS30 cl. I, OS28 cl. I, OS19 cl. I e OS14 cl. III, con i rispettivi importi;

VISTA la determinazione dirigenziale del 18 aprile 2025 con la quale la S.A. approvava la rettifica alla suddetta tabella di pag. 9 del disciplinare, per "correzione di mero errore materiale" che "non incide sugli elementi essenziali della procedura". La determina evidenzia che "la rettifica è intervenuta con congruo anticipo rispetto alla scadenza originariamente fissata per la presentazione delle offerte" e che, pertanto, si ritiene di non prorogare il termine per la presentazione delle offerte, confermando la scadenza prevista dal bando di gara prevista per il 26 aprile 2025";

VISTA la tabella rettificata, nella quale figurano le categorie degli interventi variate come segue: OG1 cl. IV, OS30 cl. I, OS3 cl. I, OS28 cl. I, OS19 cl. I e OS14 cl. III, e dalla quale emerge dunque che nella tabella originariamente inserita nel disciplinare era stata omessa la categoria OS3 cl. I e questo aveva comportato un disallineamento fra le categorie delle lavorazioni e i rispettivi importi, che non corrispondevano all'effettiva classifica richiesta e alla percentuale delle singole lavorazioni sul totale. Quindi, per esempio, l'importo della categoria OS14 sulla quale l'istante chiedeva chiarimenti risultava nel disciplinare pari a € 175.000,00 ma veniva chiesta la classifica III ed era indicata una percentuale del 21,32 sul totale. Dopo la rettifica emergeva che tale importo era in realtà riferito alla categoria OS19 e che la classifica III della OS14 riguardava un importo delle lavorazioni pari a € 600.000,00. Analoga discrasia era verificata per la categoria OS28;

VISTO l'art. 92, co. 2 del d.lgs. 36/2023 secondo cui «I termini di cui al comma 1 sono prorogati in misura adeguata e proporzionale: […] b) se sono apportate modifiche significative ai documenti di gara […]»;

VISTO il parere reso con delibera Anac n. 147 del 20 marzo 2024, con richiamo alla precedente delibera n. 5 dell'11 gennaio 2023 che, sebbene relativa alla normativa previgente (art. 79, comma 3, lett. b) del d.lgs. 50/2016), è in linea rispetto al nuovo quadro normativo di cui al d.lgs. n. 36/2023. In tale delibera si specificava che, nel caso di modifiche «sostanziali» della documentazione di gara, che sono quelle in grado di incidere sui requisiti rilevanti ai fini della partecipazione alla procedura di gara, in modo tale da determinare (anche solo potenzialmente) un

ampliamento della platea dei soggetti interessati all'affidamento dell'appalto, opera il cd. principio del ''*contrarius actus*'' in forza del quale per esse vanno osservate le stesse forme di pubblicità osservate per la pubblicazione del bando di gara. La giurisprudenza richiede inoltre, perché la procedura sia legittima, una riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, che va intesa non solo come slittamento del termine per la presentazione delle offerte ma anche come automatica riapertura degli altri termini eventualmente previsti dalla *lex specialis* (es. il termine per effettuare il sopralluogo)» (cfr. Tar Veneto n. 940/2018 e la giurisprudenza ivi richiamata). Dunque, «In caso di modifiche significative ai documenti di gara, tali da incidere sulla platea degli operatori economici potenzialmente interessati a partecipare alla procedura o da modificare l'esito della gara, la stazione appaltante è tenuta alla ripubblicazione degli atti di gara e alla riapertura di tutti i termini previsti dalla *lex specialis* per la partecipazione» (delibera n. 147/2024 cit.);

CONSIDERATO che, nel caso di specie, gli errori della tabella recante le categorie, classifiche e gli importi delle lavorazioni, pubblicata all'interno del disciplinare, comportavano un'esigenza modificativa della disciplina di gara in quanto il disallineamento degli importi delle singole categorie SOA poteva ingenerare errori e dubbi interpretativi;

CONSIDERATO che tali modifiche ai documenti di gara erano da considerare significative, in quanto esse riguardavano gli importi e le classifiche delle singole categorie SOA, e quindi requisiti rilevanti ai fini della partecipazione alla procedura di gara che, una volta corretti e riformulati, avrebbero potuto determinare (anche solo potenzialmente) un ampliamento della platea dei soggetti interessati;

RITENUTO quindi che, stante la portata significativa della rettifica apportata ai documenti di gara, la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere alla ripubblicazione degli atti di gara e alla riapertura dei termini;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- nel caso di specie, l'operato della stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore, in quanto la stazione appaltante, stante la portata significativa delle modifiche apportate ai requisiti rilevanti ai fini della partecipazione, avrebbe dovuto procedere alla ripubblicazione degli atti di gara e alla riapertura dei termini;

- la stazione appaltante è tenuta pertanto ad agire in autotutela e a riaprire i termini per la presentazione delle offerte, in conseguenza della rettifica apportata ad elementi significativi della *lex specialis*.

Ai sensi dell'art. 220, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023, qualora la Stazione appaltante non intendesse conformarsi al parere dovrà comunicare, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che potrà proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 giugno 2025
Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente